

الفصل الرابع

في حكم الضمان

وفيه ست مسائل :

[٥٢] [المسألة الأولى^(١)]: [الضمان لا يوجب براءة ذمّة المضمون**عنه]:**

أن^(٢) الضمان لا يوجب براءة ذمّة المضمون عنه / (ولا ينقل)^(٣) الدّين [٧/ب/ج] إلى الضامن ، بل يكون الدّين باقياً في ذمّة المضمون عنه ، وتتوجّه المطالبة به على الضامن^(٤) .

وحكي عن ابن أبي ليلي^(٥) أنّه قال : الدّين بالضمان ينتقل إلى

(١) في (م) : إحداها .

(٢) ساقط من : (ج) .

(٣) في (ج) : ولا ينتقل .

(٤) لأن الضمان وثيقة بدّين في الذمّة، فلا يسقط الدّين عن الذمّة، كالرهن.
انظر : الأم ٢٣٤/٣، مختصر المزني ٢٠٦/٨، شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٢١/ب)،
الحاوي الكبير ٤٣٦/٦، المهذب ٣٤١/١، التنبية ص ١٠٦، الشامل (ج ٣/ل ١٨٧/أ)،
الوسيط ٢٤٧/٣، الوجيز ٣٥٥/١، حلية العلماء ٥٨/٥، التهذيب ١٧١/٤، البيان
٣٢١/٦، فتح العزيز ٣٨٥/١٠، روضة الطالبين ٢٦٤/٤، مغني المحتاج ٢١٥/٣، نهاية
المحتاج ٤٥٨/٤.

(٥) ابن أبي ليلي: هو محمد بن عبد الرحمن بن يسار بن أبي ليلي، الكوفي، مفتي الكوفة وقاضيها، ولد سنة أربع وسبعين، ومات أبوه وهو صبي، أخذ الفقه عن أخيه عيسى □، وعن الشّعي، وأخذ عنه: سفيان الثّوري، كان فقيهاً من أهل الرّأي، توفي في الكوفة في شهر رمضان سنة (١٤٨) هـ.

انظر : تذكرة الحفاظ ١٧١/١، تهذيب التهذيب ٣٠١/٩، سير أعلام النبلاء ٣١٠/٦ -

الضَّامَن، وتبرأ منه ذمَّة المضمون عنه ؛ تشبيهاً بالحوالة .

وأيضاً : فَإِنَّ القول ببقاء الدَّيْن في ذمَّة المضمون عنه، يؤدي إلى أن يصير

الدَّيْن الواحد دَيْنَيْن^(١) ، وهذا لا يجوز^(٢).

ودليلنا : ما روي أَنَّ رسول الله ﷺ قال لأبي قتادة (حين قضى)^(٣) دَيْن

المِيت : ((الْآنَ بَرَدَتْ عَلَيْهِ جِلْدُهُ))^(٤) ، ولو كان الضَّمان يوجب براءة ذمَّته

/ لما بقي مرتهناً بالدَّيْن إلى وقت القضاء؛ ولأنَّ الضَّمان اختصَّ باسم مفرد، [م/٨]

فكان حكمه خلاف حكم الحوالة^(٥).

٣١٦، طبقات الفقهاء، للشيرازي ص ٨٥.

(١) في (ج) : اثنين ، وما أثبتته في المتن هو الأنسب، كما في النسخة (م) .

(٢) وبه قال : ابن شبرمة، وداود، وأبو ثور.

انظر : المبسوط ١٦١/١٩، بدائع الصنائع ١٠/٦، فتح القدير ١٦٤/٧، بداية المجتهد ٢٢٣/٢، الأم ١٢٤/٧، اختلاف الفقهاء، للطبري ص ١٩٨، شرح مختصر المزني (ج ٥ ل ١٢١ ب)، الحاوي الكبير ٤٣٦/٦، الشامل (ج ٣ ل ١٨٧ أ)، الوسيط ٢٤٧/٣، حلية العلماء ٥٨/٥، البيان ٣٢١/٦، المغني ٨٤/٧، المحلى ٣٩٩/٦ - ٤٠٠.

(٣) في (م) : من قضاء.

(٤) سبق تخريجه في صفحة (١٨٥). فدلَّ على أن الميت لم يبرأ منه إلا بالقضاء، فلو كان قد تحوَّل الدَّيْن عن المضمون عنه بالضَّمان؛ لكان قد برد جلده بالضمان؛ ولأن الضمان وثيقة بالدَّيْن، فلم يتحوَّل إلى الوثيقة ويسقط عن الذمة، كالرهن والشهادة.

انظر : الحاوي الكبير ٤٣٦/٦، البيان ٣٢١/٦، مغني المحتاج ٢١٥/٣.

(٥) لأن اسم الحوالة والضمان مشتقان من معناهما، فالحوالة: مشتقة من تحوُّل الحق، والضَّمان مشتقٌّ من ضم ذمة إلى ذمة، فافتضى أن يكون اختلاف أسمائهما من اختلاف معانيهما، موجِباً لاختلاف أحكامهما.

انظر : بدائع الصنائع ١٠/٦، شرح مختصر المزني (ج ٥ ل ١٢١ ب)، (ج ٥ ل ١٢٢ أ)، الحاوي الكبير ٤٣٦/٦، الشامل (ج ٣ ل ١٨٧ أ)، عجالة المحتاج ٢٢٣/٢.

وقولهم : إنه يصير الدَّين دَيْنَيْنِ ، ليس كذلك؛ لأنَّه لا يُستوفى الحقُّ من كلِّ واحد منهما ، وإنَّما يُستوفى من أحدهما ، وهو^(١) نظير ما لو كان بالدَّين رهن، يتعلَّق الدَّين بذمة الراهن ورقبة المرهون .^(٢)

[٥٣] [المسألة] الثَّانية : [مطالبة المضمون له للضَّامن] :

يجوز للمضمون له مطالبة الضَّامن مع القدرة على مطالبة المضمون عنه^(٣).^(٤)

(وقال مالك . رحمه الله . : لا يطالب الضامن إلا عند تعذُّر مطالبة

(١) في (م) : فهو .

(٢) وليس يمتنع أن يكون الحقُّ الواحد يستحقُّ المطالبة به لشخصين، ألا ترى أنَّ من غصب شيئاً، ثم غصبه منه غاصب آخر، واستهلكه، كان للمالك مطالبة كلِّ واحد منهما به، ولم يكن ذلك مستحيلاً، كذلك في الضَّمان.

انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٢/أ)، الحاوي الكبير ٤٣٧/٦، الشامل (ج٣/ل١٨٧/أ)، البيان ٣٢١/٦، مغني المحتاج ٢١٥/٣، نهاية المحتاج ٤٥٨/٤.

(٣) ساقط من : (م) .

(٤) يطالبهما اجتماعاً وانفراداً، أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه.

انظر : الأم ٢٣٤/٤، مختصر المزني ٢٠٦/٨، محاسن الشريعة، للقفال الكبير الشاشي (م/ل١٥٥/أ)، شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٢/أ)، الحاوي الكبير ٤٣٦/٦ - ٤٣٧، الإبانة (م/ل١٤٥/ب)، المهذب ٣٤١/١، التنبيه ص ١٠٦، الشامل (ج٣/ل١٨٧/أ)، الوسيط ٢٤٧/٣، الوجيز ٣٥٥/١، حلية العلماء ٥٨/٥، البيان ٣٢١/٦، فتح العزيز ٣٨٥/١٠، روضة الطالبين ٢٦٤/٤، مغني المحتاج ٢١٥/٣، نهاية المحتاج ٤٥٨/٤.

المضمون عنه^(١)؛ كما لا يباع الرهن بالذَّين^(٢) إلاَّ بعد تعذُّر استيفاء الذَّين من الراهن .

ودليلنا : أنَّ الحقَّ ثابت في ذمة كلِّ واحد منهما، فصار كالضامَّين ، ويفارق الرهن ؛ لأنَّ الرهن ليس يُبرئ ذمته ، وإنما هو مال من عليه الذَّين ، فإن شاء قضى الحقَّ منه، وإن شاء قضى^(٣) من موضع آخر ، وإذا^(٤) لم يقض من موضع آخر، فقد قصد قضاء الحقَّ من الرهن .^(٥)

(١) ساقط من : (م) .

(٢) وبه قال : أبو ثور، وجعله ابن أبي هريرة قولاً محتملاً، وخرَّجه لنفسه وجهاً.

انظر : الإشراف، لابن المنذر ١/١١٩، الكافي، لابن عبد البر ص ٣٩٩، بداية المجتهد ٢/٢٢٣، مواهب الجليل ٥/١٠٥ - ١٠٦، القوانين الفقهية ص ٢١٤، حاشية الدسوقي ومعه الشرح الكبير ٣/٣٣٧ - ٣٣٨، حاشية الصَّاوي على الشرح الصغير ٣/٤٣٨ - ٤٣٩، اختلاف الفقهاء، للطبري ص ١٩٨، شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٢/أ)، الحاوي الكبير ٦/٤٣٧، الإبانة (م/١٤٥/ب)، الشامل (ج ٣/١٨٧/أ)، حلية العلماء ٥/٥٩، فقه الإمام أبي ثور، لسعدي حسين علي جبر ص ٦٣٥.

(٣) في (م) : في الدين .

(٤) في (م) : قضاها .

(٥) في (م) : فإذا .

(٦) انظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٢/ب)، الحاوي الكبير ٦/٤٣٦ - ٤٣٧، المهذَّب ١/٣٤١، الشامل (ج ٣/١٨٧/أ)، البيان ٦/٣٢١، فتح العزيز ١٠/٣٨٥، مغني المحتاج ٣/٢١٥.

[٥٤] [المسألة] الثالثة : [الضمان بشرط براءة الأصيل]:

إذا ضمن مالاً بشرط براءة الأصيل، هل يصح الشرط أم لا ؟

فعلى وجهين^(١) :

أحدهما : لا يصح الشرط^(٢) ؛ لأن مقتضى الضمان جواز مطالبة كل واحد منهما ، وإذا شرط براءة المضمون عنه^(٣) فقد شرط ما ينافي بمقتضاه ؛ فصار كما لو ضمن بشرط أن لا يطالبه بالدَّيْن .

[٨/ج]

والثاني : يصح الشرط^(٤) ؛ لما روي أن رسول الله ﷺ / قال لأبي قتادة

(١) هذان الوجهان مرويان عن أبي العباس ابن سريج - رحمه الله - . وهناك وجه ثالث :

أنه يصح الضمان فقط، أي: ويطل الشرط. فإن صححناهما، برئ الأصيل، ورجع الضامن عليه في الحال إن ضمن بإذنه؛ لأنه حصل براءته كما لو أذى.

انظر : التهذيب ٤/١٨١، فتح العزيز ١٠/٣٨٥، روضة الطالبين ٤/٢٦٤، المطلب العالي

(ج ١٠/ل ١٨٤/ب)، عجالة المحتاج ٢/٨٢٣، النجم الوهاج ٤/٥٠٦، شرح جلال الدين

المحلّي مع حاشية قليوبي وعميرة ٢/٤١٣، مغني المحتاج ٣/٢١٦، نهاية المحتاج ٤/٤٥٩.

(٢) وهو الأصح ، صححه: الجرجاني والرافعي والنووي - رحمهم الله -.

انظر : المعايية في العقل، للجرجاني (م/٥٥/ب)، فتح العزيز ١٠/٣٨٥، منهاج الطالبين

ص ٦٣، روضة الطالبين ٤/٢٦٤، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٨٤/ب)، النجم الوهاج

٤/٥٠٦، الاعتناء في الفروق والاستثناء (م/١١٠/ب)، نهاية المحتاج ٤/٤٥٩.

(٣) ساقط من : (ج) .

(٤) لأنه ضمّ تبرّعاً إلى تبرّع.

ﷺ لما ضمن الدينارين عن الميِّت : ((هما عليك حقَّ الغريم وبرىئ منهما الميِّت، قال : نعم ..)) ، فصلَّى عليه. ^(١)

ولأنه (لو صالح ^(٢)) مع صاحب الدَّيْن على مال يصح الصلح وتبرأ ذمته ، فلما قدر على تبرئة ذمته بعقد يعقده على عين ماله ، قدر على تبرئة ذمته بعقد يعقده على ذمته .

[٥٥] فرع : [إذا ضمن مالاً بشرط براءة الأصيل، وقلنا: يبطل الشرط]:

- انظر : المعاياة في العقل (م/١٥٥/أ)، التهذيب ١٨١/٤، فتح العزيز ٣٨٥/١٠، روضة الطالبين ٢٦٤/٤، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٨٤/ب)، عجمالة المحتاج ٨٢٣/٢، النجم الوهاب ٥٠٦/٤، مغني المحتاج ٢١٦/٣، نهاية المحتاج ٢٥٩/٤.
- (١) سبق تخريجه في صفحة (١٨٥).
- (٢) الصُّلْح: في اللغة : اسم بمعنى المصالحة والتصالح، يقال: اصطَلَحوا وتصالَحوا، وعلى ذلك يقال: وقع بينهما الصلح، والصلح يطلق على: السَّلْم، وقطع المنازعة والتوفيق والخير، والصواب في الأمر، وما يضادَّ الفساد.
- واصطلاحاً : هو العقد الذي ينقطع به خصومة المتخاصمين.
- وقيل : هو انتقالٌ عن حقٍّ أو دعوى بعوضٍ، لرفع نزاعٍ أو خوفٍ وقوعه.
- انظر : لسان العرب ٥١٦/٢، مختار الصحاح ص ١٥٤، تاج العروس ١٨٢/٢، شرح حدود ابن عرفة ص ٣١٤، المصباح المنير ص ٣٤٥، المغرب ص ٢٧٠، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٠١، المطلع ص ٢٥٠، البحر الرائق ٢٥٥/٧، مواهب الجليل ٧٩/٥، كفاية الأخيار ص ٢٦٠، السراج الوهَّاج ص ٢٣٣، مغني المحتاج ١٦١/٣، شرح منتهى الإرادات ١٣٩/٢.

إذا قلنا : الشرط صحيح ، فالضمان صحيح^(١) . وإذا قلنا : يبطل^(٢) الشرط ، فهل^(٣) يصح الضمان أم لا ؟
فعلى وجهين^(٤) .

ونظير هذه المسألة : إذا اشترى بشرط البراءة عن العيوب ، وقلنا : الشرط باطل ، فهل يصح العقد أم لا ؟
فعلى قولين^(٥) . /

[٨/ب/م]

[٥٦] [المسألة] الرابعة : [إبراء المضمون عنه والضامن عن الدَّيْن] :

إذا أبرأ المضمون عنه عن الدَّيْن برئ الضامن^(١) ؛ لأن الضامن فرعه^(٢) ،

(١) وبرئت ذمة المضمون عنه عن حق المضمون له ، ويجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه في الحال ، إن كان ضمن بإذنه؛ لحصول براءة ذمته عن حق المضمون له ، كما يرجع عليه بعد الأداء .

انظر : التهذيب ١٧١/٤ - ١٧٢ ، فتح العزيز ٣٨٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٤/٤ .

(٢) في (م) : بطل .

(٣) في (م) : هل .

(٤) سبق ذكرهما قريباً ، كما في المسألة الثالثة رقم (٥٤) ، صفحة (٢٨٣) ، والوجهان هما : الأول : لا يصح الشرط ، على الأصح ، صحَّحه : الجرجاني و الرَّافعي والنووي - رحمهم الله - .

والوجه الثاني : يصح الشرط .

(٥) هما الوجهان أنفسهما في المسألة الثالثة رقم (٥٤) ، صفحة (٢٨٣) .

فإذا أبرأه لم ^(٣) يَبْقَ على الأصل حق ، والفرع لا يثبت دون أصله ^(٤)، وأما ^(٥) إذا أبرأ الضامن سقط عنه المطالبة ، ويبقى الدَّيْن على المضمون عنه؛ لأن الدَّيْن كان ثابتاً قبل ضمانه، فيبقى عليه بعد براءته .

وأيضاً : فإنه فرعه ، وإسقاط الفرع لا يوجب سقوط حكم الأصل ^(٦).

[٥٧] فرع : [إذا أبرأ صاحب الحق الأصل، أو الضامن الأخير، أو الأول]

إذا ضمن دَيْناً وضمن عنه ضامن ، وصاحب الحق ^(٧) أبرأ الأصل ، يبرأ ^(٨)

(١) لسقوط الحق، كما لو أدى الأصل الدَّيْن، أو أحال الأصل مستحقَّ الدَّيْن على إنسان، أو أحال المستحق غريمه عليه.
انظر : محاسن الشريعة (م/١٥٥/ب)، شرح مختصر المزني (ج/٥/ل/١٢٦/ب)، الإبانة (م/١٤٥/ب)، (م/١٤٦/أ)، الوجيز ١/٣٥٥، الوسيط ٣/٢٤٧، التهذيب ٤/١٨١-١٨٢، البيان ٦/٣٢٤، فتح العزيز ١٠/٣٨٥، روضة الطالبين ٤/٢٦٤، عجالة المحتاج ٢/٨٢٣.

(٢) في (م) : من فرعه .

(٣) في (م) : فلم .

(٤) في (ج) : الأصل .

(٥) في (م) : فأما .

(٦) ولأنَّ إبراءه إسقاطاً للوثيقة، وذلك لا يقتضي سقوط أصل الدَّيْن، كالمُرْتَهَن إذا أسقط حَقَّه من الرَّهْن، فإنَّ الرَّاهِن لا يبرأ.

انظر : شرح مختصر المزني (ج/٥/ل/١٢٦/ب)، الإبانة (م/١٤٦/أ)، المهذَّب ١/٣٤١، الوجيز ١/٣٥٥، الوسيط ٣/٢٤٧، البيان ٦/٣٢٤، فتح العزيز ١٠/٣٨٥، روضة الطالبين ٤/٢٦٤، نهاية المحتاج ٤/٤٥٩.

(٧) ساقط من : (م) .

(٨) في (م) : برئ .

الضامن وضامن الضامن^(١) . وإن أبرأ الضامن الأخير يبرأ هو ، ولا يبرأ المضمون عنه ولا الضامن الأول . (وإن أبرأ الضامن الأول)^(٢) يبرأ الضامن الثاني ؛ لأنه لأنه فرعه ، ولا يبرأ الأصل^(٣) .^(٤)

[٥٨] [المسألة] الخامسة : [مطالبة كلا الضامنين بجميع الدَّين أو

نصفه]:

رجل له على رجل^(٥) آخر دَّين معلوم ، فحضره رجلان وقالوا : ضَمِنَّا مالك على^(٦) فلان ، هل يُطالَبُ كلُّ واحد منهما بجميع الدَّين أم لا ؟

فيه وجهان :

أحدهما : يُطالَبُ كلُّ واحد منهما بنصف الدَّين^(٧) ؛ كما لو قالوا

(١) في (م) : الضَّمان .

(٢) ساقط من : (م) .

(٣) في (م) : المضمون عنه .

(٤) انظر : مختصر المزني ٢٠٦/٨ ، الحاوي الكبير ٤٤٥/٦ ، المهذب ٣٤١/١ ، الشامل

(ج ٣/ل ١٩٠/أ-ب) ، البيان ٣٢٤/٦ - ٣٢٥ ، فتح العزيز ٣٨٥/١٠ ، روضة الطالبين

٢٦٤/٤ ، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٨٦/أ) ، أسنى المطالب ٢٤٦/٢ - ٢٤٧ ، مغني المحتاج

٢١٦/٣ .

(٥) ساقط من : (م) .

(٦) في (ج) : عن .

(٧) قال شمس الدَّين الرملي - رحمه الله - في نهاية المحتاج (٤٥٩/٤) : «وجرى عليه: الماوردي

لإنسان : اشترينا عبدك بألف ، يلزم كل واحد منهما نصف الألف .

والثاني : وهو الصحيح ، أن كل واحد منهما يُطالب بجميع الدَّين^(١)؛

والبندنجي والرويانى والصَّيمَرى، وقال الأذرعى: والقلب إليه أميل، وبه أفتى الوالد - رحمه الله - يقصد: شهاب الدَّين الرَّملى -؛ لأنه اليقين، وشغل ذمة كل واحد بالزائد مشكوك فيه، وبذلك أفتى البدر بن شُهبة عند دعوى أحد الضَّامنين ذلك وخلفهما عليه؛ لأنَّ اللَّفظ ظاهر فيه، وبالتبعيض قَطَعَ الشيخ أبو حامد، وهو الموافق للأصحَّ في مسألة الرَّهن المشبَّه بها أن حصَّة كل مرهونة بالتَّصف فقط، وقد قال ابن أبي الدَّم: لا وجه للأوَّل «الأوَّل، أي: مطالبة كلٍّ بجميع الألف.

قال شهاب الدَّين الرَّملى - رحمه الله - في حاشيته على أسنى المطالب (٢/٢٥٠): «وقال ابن أبي الدَّم: الصَّحيح عندي، والعمل عليه: أنَّه لا يُطالب كل واحد منهما إلا بنصف الدَّين، ولا أعلم للأوَّل وجهاً... ثم قال: وقال الزَّركشي: إنه المُتَّجَّه؛ لأنه اليقين...». وقال الإمام الشَّربيني - رحمه الله - في مغني المحتاج (٣/٢١٥): «واختلف - أيضاً - علماء عصرنا في الإفتاء في ذلك، وأنا أقول كما قال الأذرعى».

وقال الشَّروانى - رحمه الله - في حاشيته على تحفة المحتاج (٥/٢٧١): «قال شيخنا الشَّهاب الرَّملى: المَعتمدُ في مسألة الضَّمان: أنَّ كلاً ضامنٌ للنصف فقط، وفي مسألة الرَّهن: أنَّ نصف كل رهنٍ بالنصف فقط، فالقياسُ على الرَّهن قياسٌ ضعيفٌ على ضعيف».

وانظر: الحاوي الكبير ٦/٤٤٦ - ٤٤٧، فتح العزيز ١٠/٣٩٤، روضة الطالبين ٤/٢٦٩ - ٢٧٠، أسنى المطالب ٢/٢٤٩ - ٢٥٠، تحفة المحتاج ٥/٢٧١ - ٢٧٢.

(١) وأفتى به وصَّوَّبه الإمام الشُّبكي - رحمه الله -، وقال: لأنَّ الضَّمان توثقة كالرَّهن، وكذا أفتى به فقهاء عصره، تبعاً للمتولي - رحمه الله -، وصَّوَّبه واعتمده - أيضاً - البلقيني، وبه أفتى الإمام أبو يحيى زكريا الأنصاري - رحمه الله -.

انظر: أسنى المطالب وعليه حاشية الرَّملى ٢/٢٤٩ - ٢٥٠، مغني المحتاج ٣/٢١٥، تحفة المحتاج وعليه حاشية الشَّروانى ٥/٢٧١ - ٢٧٢، نهاية المحتاج ٤/٤٥٨.

كما لو كان لهما^(١) عبد مشترك فقالا^(٢) : رَهْنًا العبد / منك^(٣) بالألف الذي [٨/ب/ج] لك على فلان ، فيكون^(٤) نصيب كل واحد منهما رهناً بجميع الألف. ويخالف الشراء؛ لأن الثمن عوض المِلْك، فيقدر ما يحصل له^(٥) من الملك يجب الثمن^(٦) . وأما^(٧) هاهنا ما^(٨) يلزم الضَّامن ليس بطريق^(٩) المعاوضة^(١٠) ؛ ولهذا (لو ضمن)^(١١) كل واحد منهما على الانفراد، صحَّ وطولب بجميع الدَّين ، فصار كمسألة الرهن .

[٥٩] [المسألة] السَّادسة: [مطالبة الضَّامن المضمون عنه بتخليصه من

الضَّمان]:

(١) ساقط من : (ج) .

(٢) ساقط من : (م) .

(٣) ساقط من : (ج) .

(٤) في (م) : يكون .

(٥) أي : للمشتري.

(٦) أي: يجب عليه من الثمن، بخلاف الضمان، لا معاوضة فيه.

(٧) في (م) : فأما .

(٨) ساقط من : (م) .

(٩) في (م) : من طريق .

(١٠) في (م) : للمفاوضة .

(١١) في (م) : لو كان .

إذا ضمن دَيْناً على^(١) إنسان، فجاء المضمون له وطالبه بالمال ، فإن كان
كان قد ضمن بغير أمره، لم يلزمه^(٢) / أن يطالبه بتخليصه^(٣) ، وإن كان قد
ضمن بأمره، فله أن يطالبه بتخليصه^(٤) ؛ لأنه هو الذي أوقعه^(٥) في المطالبة.^(٦)
المطالبة.^(٧)

وأما^(٧) قبل (أن يطالبه)^(٨) ، هل له أن يطالب المضمون عنه أم لا ؟

(١) في (م) : عن .

(٢) لأنه تطوَّع بالضمان عنه، صار كالمتطوع بالغرم عنه، ولم يُسلَّط عليه؛ ولأنه لم يدخل فيه
بإذنه، فلم يلزمه تخليصه.

انظر : مختصر المزني ٢٠٦/٨، شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٢٦/أ)، الحاوي الكبير
٤٤٢/٦ - ٤٤٣، المهذب ٣٤١/١، الشامل (ج ٣/ل ١٩٠/أ)، مغني المحتاج ٣١٧/٣،
نهاية المحتاج ٤٦٠/٤.

(٣) معنى التخليص : أي يؤدِّي دَيْن المضمون له، ليبراً ببراءته الضامن.
انظر : فتح العزيز ٣٨٦/١٠، مغني المحتاج ٢١٧/٣.

(٤) ساقط من : (ج) .

(٥) في (ج) : أرهقه .

(٦) وهو المشهور؛ ولأنه لما كان له أن يأخذه بالغرم إذا غرم، كان له أن يأخذه بالخلاص إذا
طولب، وهناك وجه ثان حكاه: الغزالي والرافعي عن القفال: أنه لا يملك مطالبته. قال
الإمام الرافعي - رحمه الله - في فتح العزيز (٣٨٦/١٠) : «والمشهور الأول».

ووصف النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٢٦٥/٤) هذا الوجه : بأنه شاذ.

انظر : مختصر المزني ٢٠٦/٨، شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٢٦/أ)، الحاوي الكبير
٤٤٣/٦، المهذب ٣٤١/١، الوجيز ٣٥٥/١، الوسيط ٢٥٠/٣، التَّهْذِيب ١٧٢/٤،
الغاية القصوى ٥٣٣/١، عجالة المحتاج ٨٢٤/٢، أسنى المطالب ٢٤٧/٢، مغني المحتاج
٢١٦/٣ - ٢١٧، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤.

(٧) في (م) : فأما .

(٨) في (م) : المطالبة .

؟

فيه وجهان :

أحدهما : له مطالبته^(٢) ؛ كما لو أعار ماله من إنسان ليهرنه بدئيه ،
فرهنه، كان له المطالبة^(٣) بتخليص ماله ، وإن كان المرتهن (لا يأمر)^(٤) ببيع
المرهون .

وأيضاً : فإنه لا يأمن أن يتلف المضمون عنه أمواله، فيبقى هو^(٥) مطالباً
بالدَّين ، وإذا غرم لا يمكنه الرجوع عليه .

والثاني : ليس له مطالبته^(٦) ؛ لأن الضمان لا يعطل عليه شيئاً من

(١) أي: قبل أن يطالب المضمون له الضامن. انظر: الشامل (ج٣/ل١٩٠/أ).

(٢) لأنه شغل ذمته بالدَّين بإذنه، فجاز له المطالبة بتفريغ ذمته.

انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٦/أ)، الحاوي الكبير ٤٤٣/٦، المهذب ٣٤١/١،
الشامل (ج٣/ل١٩٠/أ)، الوجيز ٣٥٥/١، الوسيط ٢٥٠/٣، حلية العلماء ٥٩/٥،
التهذيب ١٧٢/٤، البيان ٣٢٢/٦، فتح العزيز ٣٨٦/١٠، روضة الطالبين ٢٦٥/٤،
عجالة المحتاج ٨٢٤/٢، مغني المحتاج ٢١٧/٣، نهاية المحتاج ٢٦٠/٤.

(٣) في (م) : مطالبته .

(٤) في (م) : لا يطالبه .

(٥) ساقط من : (م) .

(٦) على الأصح؛ لأنه لما لم يغرمه قبل أن يغرم، لما يطالبه قبل أن يطالب.

انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٢٦/أ)، الحاوي الكبير ٤٤٣/٦، المهذب ٣٤١/١،
الشامل (ج٣/ل١٩٠/أ)، الوجيز ٣٥٥/١، حلية العلماء ٦٠/٥، البيان ٣٢٢/٦،
التهذيب ١٧٢/٤، فتح العزيز ٣٨٦/١٠، منهاج الطالبين ص٦٣، روضة الطالبين ==

منافعه وحقوقه ، وإذا لم يكن عليه في الضمان مضرة ، لم يكن له في^(١) مطالبته بتخليصه منه ، وبه فارق مسألة الرهن ؛ لأن الرهن يوجب الحجر عليه في التصرفات ، فكان في بقاء الرهن عليه^(٢) ضرر له^(٣) .

فرعان :

[٦٠] [الفرع الأول^(٤)] : هل للضامن أن يقول للمضمون له : إما أن

تطالبني بالدَّيْن أو تبرئني منه أم لا ؟

إذا قلنا : ليس له أن يطالب المضمون عنه بتخليصه ، فهل له أن يقول للمضمون له^(٥) : إما أن تطالبني^(٦) بالدَّيْن أو تبرئني^(٧) منه^(٨) أم لا ؟

فيه وجهان^(٩) ، بناءً على ما لو كان له عليه^(١) دين فجاء به إليه ، هل يجبر

==

٤/٢٦٥ ، عمالة المحتاج ٢/٨٢٤ ، فتح الجواد ١/٥٠١ ، مغني المحتاج ٣/٢١٧ ، نهاية المحتاج ٤/٢٦٠ ، حاشية الشرقاوي ٢/١٢٢ .

- | | |
|-----|-------------------|
| (١) | ساقط من : (م) . |
| (٢) | ساقط من : (م) . |
| (٣) | ساقط من : (م) . |
| (٤) | في (م) : أحدهما . |
| (٥) | في (ج) : عنه . |
| (٦) | في (ج) : تطالبه . |
| (٧) | في (ج) : تبرئ . |
| (٨) | ساقط من : (م) . |

(٩) قال الشريبي - رحمه الله - في مغني المحتاج (٣/٢٧٠) : «وعلى الأول - وهو أنه ليس

يجبر على قبوله أم لا ؟ وقد ذكرناه^(٢) .

[٦١] [الفرع الثاني : هل للمضمون له حَبْس المضمون عنه بالدَّيْن؟]

لو أن المضمون له حبس^(٣) الضامن بالدَّيْن، هل له أن يحبس المضمون عنه بالدَّيْن أم لا ؟

للضامن أن يطالب المضمون عنه بتخليصه - ليس له أن يقول للمضمون له: إما أن ترثني من الحق، وإما أن تطالبني به، لأطالب المضمون عنه، كما قال البَنْدَنِيْجِي. قال الشيرازي - رحمه الله - في حاشيته على نهاية المحتاج (٤/٢٦٠): «وحكاة البَنْدَنِيْجِي والروايي عن ابن سريج، وأقره أن يقول للمستحق: إمَّا أن تطالبني أو ترثني»، وكذا حكاة ابن الصباغ في الشامل (ج ٣/ل ١٩٠/أ) عن ابن سريج. انظر: نهاية المحتاج ٤/٤٦٠، حاشية الشرواني ٥/٢٧٣، حاشية عميرة ٢/٤١٣.

(١) ساقط من : (ج) .

(٢) في (م) : ذكرنا .

(٣) الحَبْسُ: في اللغة : المنع والإمساك، مصدر حَبَسَ، ويطلق على المؤضع، وجمعه: حُبُوس، ويقال للرجل: حُبُوسٌ وحَبِيسٌ، والحَبْسُ: ضدُّ الاطلاق والتخلية، واحتبسه وحبسه: أمسكه عن وجهه، وحبسته: وقفته. واصطلاحاً: هو حَبْسُ مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عَيْنِهِ بقطع التَّصَرُّفِ في رقبته على مصرف مباح موجود. وقيل : هو تعويق الشخص ومنعُه من التصرف بنفسه والخروج إلى أشغاله ومهمَّاته الدينية والاجتماعية.

انظر : لسان العرب ٦/٤٤، مختار الصحاح ص ٥١، المصباح المنير ص ١١٨، المفردات في غريب القرآن، للراغب ص ١٠٤، متن اللغة، لأحمد رضا ٢/١٢، إعانة الطالبين ٣/١٥٦، غاية البيان ص ٢٣٠، فتح المعين ٣/١٥٧، نهاية الزين ص ٢٦٨، مغني المحتاج ٣/٥٢٢، نهاية المحتاج ٥/٣٥٨، الموسوعة الفقهية ١٦/٢٨٢، القاموس الفقهي ص ٧٥.

فيه وجهان: (١)

أحدهما : له أن يجبسه^(٢) ؛ لأنَّ له أن يطالبه إذا طوِّب، وله أن يرجع عليه إذا غرم / ، فله حبسه إذا حبس .

[٩/أ/ج]

والثاني : ليس له حبسه^(٣) ؛ لأنَّ الحبس عقوبة المماطل^(٤) (٥) ، وليس

(١) بناء على تخريج ابن سريج - رحمه الله - : في أن مجرد الضمان هل يُثبِتُ حقاً للضامن

على الأصيل، ويوجب علاقةً بينهما أم لا؟

ففي وجه: يوجب؛ لأنه اشتغلت ذمته بالحقِّ كما ضمن، فليثبت له عوضه على الأصيل، وفيه وجه: لا؛ لأنه لا يفوت عليه قبل الغرم شيء، فلا يثبت له شيء إلا بالغرم.

انظر : الحاوي الكبير ٦/٤٤٠ - ٤٤٣، المهذب ١/٣٤١، التهذيب ٤/١٧٢، فتح العزيز ١٠/٣٨٦، روضة الطالبين ٤/٢٦٥.

(٢) قال الشريبي - رحمه الله - في مغني المحتاج (٣/٢١٧): «وصحَّح السُّبُكي جواز الحبس؛

لأنَّ الأصيل لا يُعْطى شيئاً إذا علم أنه لا يُحبَس، وحينئذ فلا يبقى لتحجيز المطالبة فائدة».

انظر : الحاوي الكبير ٦/٤٤٣، الوسيط ٣/٢٥٠، حلية العلماء ٥/٦٠، التهذيب ٤/١٧٢، فتح العزيز ١٠/٣٨٧، روضة الطالبين ٤/٢٦٥، مغني المحتاج ٣/٢١٧، حاشية الرملي مع أسنى المطالب ٢/٢٤٧، حاشية الشيرازي ٤/٤٦٠.

(٣) وهو الأصح . قال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٤/٢٦٥): «وجهان

بناء على التخرُّج، إن أثبتنا العلاقة بينهما، فنعم، وإلا، فلا، وهو الأصح».

انظر : الحاوي الكبير ٦/٤٤٣، الوسيط ٣/٢٥٠، حلية العلماء ٥/٦٠، التهذيب ٤/١٧٢، فتح العزيز ١٠/٣٨٧، أسنى المطالب (٢/٢٤٧)، أنوار الأعمال الأبرار ١/٤٦٩، فتح الجواد ١/٥٠١، مغني المحتاج ٣/٢١٧، نهاية المحتاج ٤/٤٦٠.

(٤) في (م) : للمماطل .

(٥) المُمَاطِل : في اللغة : من مَاطَلَ مُمَاطَلَةً وَمَاطَلَةً : إذا سَوَّفه بوعْدِ الوفاء مرة بعد أخرى،

ومنه المَطْل : وهو المدافعة عن أداء الحقِّ، وهو مُشْتَقٌّ من مَطَلْتُ الحديد، إذا ضربتها ومددتها لتطول.

للضامن على المضمون عنه حق حتى يصير ممطلاً بالامتناع عنه ، وإنما يثبت الحق له إذا أدى المال .

والمَطْل : اصطلاحاً : منع قضاء ما استُحقَّ أدائه بغير عذر .

انظر : لسان العرب ٦٢٤/١١ ، مختار الصحاح ص ٢٦١ ، القاموس المحيط ص ١٣٦٦ ،
المصباح المنير ص ٥٧٥ ، فتح الباري ٤/٤٦٥ ، شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/٢٢٧ ،
عمدة القاري ١٢/١١٠ ، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ، لابن دقيق العيد
١٤٥/٢ ، طرح التثريب ، للعراقي ٦/١٦٠ - ١٦٢ ، مغني المحتاج ٣/١١٥ ، ١٨٩ .

الباب الثاني في حكم الرجوع

وفيه تسع عشرة مسألة :

- المسألة الأولى : إذا ضمن الضامن وقضى بإذن المضمون عنه.
- المسألة الثانية : إذا ضمن الضامن ودفع بغير أمر المضمون عنه.
- المسألة الثالثة : إذا ضمن الضامن بأمر المضمون عنه وقضى بغير أمره.
- المسألة الرابعة : إذا ضمن الضامن بغير أمر المضمون عنه، وقضى بأمره.
- المسألة الخامسة : ما يرجع به الضامن على المضمون عنه.
- المسألة السادسة : ما يرجع به الضامن على المضمون عنه إذا قضى الدين من غير جنس الحق.
- المسألة السابعة : بما يرجع به الضامن في حال الإبراء أو الصلح على بعض الدين.
- المسألة الثامنة : رجوع ضامن الضامن على المضمون عنه.
- المسألة التاسعة : إذا قال المضمون عنه لإنسان: اضمن عن فلان ما ضمن عني.
- المسألة العاشرة : المطالبة في حال الأداء والإبراء .
- المسألة الحادية عشرة: إذا ضمن أحد الضامين عن الضامن في ضمان الأصل.
- المسألة الثانية عشرة : ضمان ذمي لذمي عن مسلم.
- المسألة الثالثة عشرة: إذا ضمن مالا وأحال به على من له عليه دين أو من لا دين عليه.
- المسألة الرابعة عشرة: إذا جعل المضمون عنه الضامن وكيلاً له في قضاء الدين.
- المسألة الخامسة عشرة: ضمان الصداق قبل الدخول أو الثمن لمبيع هلك قبل القبض.
- المسألة السادسة عشرة: إذا ضمن مالا وادعى الأداء.
- المسألة السابعة عشرة : قضاء الدين في حال حضور المضمون عنه وغيابه، وتصديقه وتكذيبه.

المسألة الثامنة عشرة: قضاء الدين بحضرة شاهدين عدلين مقيمين.

المسألة التاسعة عشرة: إذا ادعى على حاضر وغائب ثمن مبيع وكلاهما ضامن.

الباب الثاني

في حكم الرجوع

وفيه تسع^(١) عشرة مسألة :

[٦٢] [المسألة الأولى^(٢)] : [إذا ضمن الضامن وقضى بإذن المضمون

عنه :

إذا ضمن عن إنسان مالا بإذنه^(٣) ، وقضى الدَّين بإذنه ، أو أعطاه عوضاً بإذنه ، أو أحال المضمون له على إنسان بإذنه ، وقبل^(٤) الحوالة على نفسه بإذنه ، كان له الرجوع على المضمون عنه^(٥) ، وبه قال مالك^(٦) .

(١) في (ج) : ست عشرة مسألة ، وهو خطأ ، والصحيح ما أثبتته في المتن .

(٢) في (م) : إحداها .

(٣) أي : بإذن المضمون عنه .

(٤) في (م) : أو قبل .

(٥) لأنه أذن له في الضمان والقضاء ، ولصرفه ماله إلى منفعة غيره بإذنه ، فكان كما لو قال : اعلف دابتي ، ففعل .

انظر : مختصر المزني ٢٠٦/٨ ، شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٢ ب) ، الحاوي الكبير ٤٣٨/٦ ، المهذب ٣٤٢/٢ ، الشامل (ج ٣/١٨٧ ب) ، الوسيط ٢٥١/٣ ، حلية العلماء ٦٢/٥ ، التهذيب ١٧١/٤ ، التهذيب ١٧١/٤ ، البيان ٣٢٥/٦ ، فتح العزيز ٣٨٩/١٠ ، منهاج الطالبين ص ٦٣ ، روضة الطالبين ٢٦٦/٤ ، عمدة السالك وعدة الناسك ، لابن النقيب ص ١٥٢ ، النجم الوهاج في شرح المنهاج ، للذميري ٥٠٨/٤ ، إخلاص الناوي ، للمقري ٢٣٩/٢ ، مغني المحتاج ٢١٧/٣ ، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ - ٤٦١ .

(٦) والإمام أحمد وأبو يوسف من الحنفية - رحمهم الله - . وسواءً قال له : اضمن عني ، أو : أد عني ، أو أطلق ؛ لأنه ضمن ودفع بأمره ، فأشبه إذا كان مُحَالِطاً له ، أو قال : اضمن عني .

وقال أبو حنيفة^(١) : إن قال له : اضمن عني وانقُذ^(٢) عني ، كان له الرجوع عليه ، وإن قال له : اضمن عني ، ثم قال له : اقض^(٣) الدَّيْن ، ليس له الرجوع ، إلا أن يكون الرجل معاملاً^(٤) له ، فإذا قال له^(٥) : أنقُذ الدَّيْن ،

==
انظر : بدائع الصنائع ١٣/٦ ، فتح القدير ١٨٨/٧ - ١٨٩ ، حاشية ابن عابدين ٣١٤/٥ ، منحة الخالق على البحر الرائق ٢٤٣/٦ ، الكافي ، لابن عبد البر ص ٣٩٩ ، بداية المجتهد ٢٢٤/٢ ، الذخيرة ٢٠٢/٩ - ٢٠٣ ، مواهب الجليل ١٠٣/٥ ، الشرح الكبير ، لأبي البركات الدردير ٣٣٣/٣ - ٣٣٤ ، حاشية الدسوقي ٣٣٣/٣ - ٣٣٤ ، المقنع ٤٢/١٣ ، المغني ٨٩/٧ ، الشرح الكبير ، لشمس الدَّيْن ابن قدامة ٤٢/١٣ - ٤٣ ، الإنصاف ٤٢/١٣ - ٤٣ ، منتهى الإرادات ٤٣١/٢ ، حاشية النجدي على المنتهى ٤٣١/٢ - ٤٣٢ ، الروض المربع ١٨٥/٢ ، كشف القناع ٣٧١/٣ - ٣٧٢ ، منار السبيل ٣٣٩/١ - ٤٤٠ .

(١) وبه قال : محمد بن الحسن - رحمهم الله - .

انظر : الجامع الصغير ، لمحمد بن الحسن ص ٣٧٢ - ٣٧٣ ، بدائع الصنائع ١٣/٦ ، الهداية ١٨٨/٧ ، العناية شرح الهداية ١٨٨/٧ ، فتح القدير ١٨٨/٧ - ١٨٩ ، البحر الرائق ٢٤٣/٦ ، مجمع الأنهر ١٣٣/٢ ، الدر المختار ٣١٤/٥ ، غاية المرام في تتممة لسان الحكماء ، لابن أبي اليمن ص ٢٥٧ ، حاشية ابن عابدين ٣١٤/٥ ، حاشية منحة الخالق على البحر الرائق ٢٤٣/٦ .

(٢) أنقُذ : من نقده الدراهم ونَقَدَ له الدراهم ، أي : أعطاه إياها فانتقدها أي : قبضها ، ونقد الدراهم وانتقدها : أخرج منها الزَّيْف .

انظر : لسان العرب ٤٢٥/٣ ، مختار الصحاح ص ٢٨١ ، القاموس المحيط ص ٤١٢ .

(٣) في (م) : اقبض .

(٤) معاملاً له أي : أن يكون مخالطاً له ، يَسْتَقْرِضُ منه ويودع عنده .

والخليطُ : هو الذي يعتادُ الرجلُ مداينتهُ ، والأخذُ منه ، ووضع الدراهم عنده ، والاستجرار منه .

انظر : فتح القدير ١٨٩/٧ ، البحر الرائق ٢٤٣/٦ ، حاشية ابن عابدين ٣١٤/٥ ، الشامل (ج ٣/١٨٧/ب) ، المغني ٨٩/٧ ، الشرح الكبير ، لشمس الدَّيْن ابن قدامة ٤٣/١٣ .

رجع عليه استحساناً^(١).

ودليلنا : أنَّ الضَّمان كان بأمره ، (والأداء بأمره)^(٢) ، فكان له الرجوع

(١) في (م) : الرجل .

(٢) الاستحسان : لغة : أن يستحسن الشيء : يعدّه حسناً ، والحسن : ضدُّ القبح ونقيضه .

واصطلاحاً : اختلف في تعريفه إلى عدّة تعريفات ، ما يلي بعضها :

١ - عرّفه أبو الحسن الكرخي - رحمه الله - فقال : هو أن يعدل الإنسان عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حَكَمَ به نظائرها إلى خلافه ، لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول .

٢ - أنه ما يستحسنه المجتهد بعقله ، ونقل هذا التعريف كثير من الأصوليين ، منهم الإمام الغزالي - رحمه الله - في المستصفى : (ص ١٧١ - ١٧٣) .

٣ - وقيل : دليل ينقدح في نفس المجتهد ، لا يقدر على التعبير عنه .

قال أبو الحسين البصري - رحمه الله - في المعتمد (٢/٢٩٥) : «اعلم أن المحكي عن أصحاب أبي حنيفة القول بالاستحسان ، وقد ظنَّ كثير ممن ردَّ عليهم ، أنهم عنوا بذلك الحكم بغير دلالة ، والذي حصله متأخرو أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - هو أن الاستحسان عدول في الحكم عن طريقة إلى طريقة أخرى هي أقوى منها ، وهذا أولى مما ظنَّه مخالفوهم ، لأنه الأليق بأهل العلم ، ولأن أصحاب المقالة أعرف بمقاصد أسلافهم ، ولأنهم قد نصّوا في كثير من المسائل ، فقالوا : «استحسنّا هذا الأثر» ، «ولوجه كذا» ، فعلمنا أنهم لم يستحسنوا بغير طريق» .

انظر : لسان العرب ١٣/١٤ - ١٧ ، مختار الصحاح ص ٥٨ ، التمهيد ، لأبي الخطاب ٩٢/٤ وما بعدها ، اللمع ، للشيرازي ص ١٢١ ، التبصرة ص ٤٩٢ - ٤٩٤ ، نهاية السؤل ٣/١٦٨ ، الحدود ، للباجي ص ٦٥ ، المحصول ، للرازي ٦/١٦٩ - ١٧١ ، المسودة ص ٤٠٢ - ٤٠٣ ، شرح تنقيح الفصول ، للقراقي ص ٤٥١ ، كشف الأسرار ٣/٤ ، الإحكام في أصول الأحكام ، للآمدي ٤/١٦٣ - ١٦٤ ، أصول السرخسي ٢/٢٠٠ - ٢٠١ ، شرح الكوكب المنير ص ٥٩٦ ، روضة الناظر ، لابن قدامة ٢/٥٣١ .

(٣) ساقط من : (م) .

؛ كما لو قال له^(١) : اضمن عني ، وانقد^(٢) عني^(٣) .

[٦٣] [المسألة الثانية : إذا ضمن الضامن ودفع بغير أمر المضمون عنه]:

إذا ضمن بغير أمره ودفع بغير أمره ، لم يكن له الرجوع عليه^(٤) . وقال

(١) ساقط من : (م) .

(٢) في (م) : وأنفده .

(٣) أو كان بينهما قرابة، ولأن الأمر به في الحالين يخرج من حكم التطوع.

انظر : الحاوي الكبير ٤٣٨/٦، المهذب ٣٤٢/١، الشامل (ج ٣/١٨٧/ب)، فتح العزيز ٣٨٩/١٠، البيان ٣٢٥/٦، النجم الوهاج ٥٠٨/٤ - ٥٠٩، نهاية المحتاج ٤٦٠/٤ - ٤٦١.

(٤) لأنه متطوع بالضمان والأداء، فصار كمن أنفق على رقبة غيره، أو علف بهائم، لم يرجع بما أنفق لتطوعه.

وهو مذهب أبي حنيفة ورواية عن الإمام أحمد -رحمهما الله-.

انظر : مختصر الطحاوي ص ١٠٤، فتاوى السغدي ٧٦٠/٢، تبين الحقائق ١٥٥/٤، بدائع الصنائع ١٣/٦، بداية المبتدي، للمرغيناني ص ١٤٦، الإختيار ١٦٩/٢، العناية شرح الهداية ١٨٩/٧، فتح القدير ١٨٩/٧، حاشية ابن عابدين ٣١٥/٥.

مختصر المزني ٢٠٦/٨، شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٢/ب)، الحاوي الكبير ٤٣٨/٦، المهذب ٣٤٢/١، التنبيه ص ١٠٦، الشامل (ج ٣/١٨٧/ب)، الوسيط ٢٥١/٣، حلية العلماء ٦٢/٥، التهذيب ١٧٢/٤ - ١٧٣، البيان ٣٢٥/٦ - ٣٢٦، فتح العزيز ٣٨٩/١٠، روضة الطالبين ٢٦٦/٤، النجم الوهاج ٥٠٩/٤، تحفة المحتاج ومعه حاشية الرشدي ٢٧٤/٥، مغني المحتاج ٢١٧/٣ - ٢١٨.

الكافي، لابن قدامة ٣٠٢/٣، المغني ٩٠/٧، الشرح الكبير، لشمس الدين ابن قدامة ٤٥/١٣، الإنصاف ٤٣/١٣، دليل الطالب، لمرعي بن يوسف الحنبلي ص ١٢٣، الفروع ٢٣٩/٤، المبدع ٢٥٧/٤، كشف القناع ٣٧١/٣، مطالب أولي النهي ٣٠٨/٣.

مالك - (رحمه الله) ^(١) - : له أن يرجع ^(٢).

ودليلنا : حديث علي ^(٣) وأبي قتادة - (رضي الله عنهما) ^(٤) - ^(٥).

وجه الدليل : أن النبي ﷺ امتنع من الصلاة في الابتداء وصلّى بعد ضمائمهما ، ولو كان يثبت له ^(٦) الرجوع، لكان الرسول ﷺ ^(٧) لا يصلّي عليه بعد ضمائمهما ؛ لأنّ ضمائمهما برئت ذمته .

(١) ساقط من : (م).

(٢) وهي الرواية الثانية عن الإمام أحمد - رحمه الله - وهي الصحيحة من المذهب، وعليها أكثر الأصحاب.

انظر : المدونة ١٠١/٤ - ١٠٣، الكافي، لابن عبد البر ص ٣٩٩، بداية المجتهد ٢٢٤/٢، الذخيرة، لشهاب الدّين القرافي ٢٠٢/٩ - ٢٠٣، القوانين الفقهية ص ٢١٤، التاج والإكليل ٣٧/٧ - ٤١، مواهب الجليل ١٠٣/٥، شرح الخرشي ٢٥/٦ - ٢٦، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣٣٣/٣ - ٣٣٤، مختصر الخزقي ص ٧٢، المحرر في الفقه، لأبي البركات عبدالسلام ابن تيمية ٣٤٠/١، الإفصاح، لابن هبيرة ٣٨٧/١، المغني ٩٠/٧، الشرح الكبير، لشمس الدّين ابن قدامة ٤٥/١٣، الإنصاف ٤٤/١٣، تصحيح الفروع، للمرداوي ٢٣٩/٤ - ٢٤٠، القواعد، لابن رجب ص ١٣٧، المبدع ٢٥٧/٤، كشف القناع ٣٧١/٣، شرح منتهى الإرادات ١٢٨/٢.

(٣) في (م) : عليّ كرم الله وجهه .

(٤) ساقط من : (م).

(٥) من حديث أبي سعيد الخدري وحديث سلمة بن الأكوع - رضي الله عنهما - وقد سبق تخريجهما في صفحة (١٨٣ - ١٨٥).

(٦) في (م) : لهما .

(٧) في (م) : صلوات الله عليه .

ولأنه لو قضى دَيْنُهُ من غير ضمان لم يرجع عليه ؛ فكذلك^(١) إذا أطلع عبيده ، وكذلك^(٢) إذا ضمن الدَّيْن^(٣) .^(٤)

[٦٤] [المسألة] الثالثة : [إذا ضمن الضامن بأمر المضمون عنه، وقضى بغير أمره]:

ضمن بأمره وقضى بغير أمره . فهل له الرجوع أم لا ؟
ظاهر ما حكاه حَرْمَلَةُ^(٥) في الإِمْلاء^(٦) ، والرَّيِّع^(٧) في كتاب النكاح

(١) في (ج) : وكذلك .

(٢) في (م) : فكذلك .

(٣) ساقط من : (ج) .

(٤) انظر : تبين الحقائق ١٥٥/٤ ، بدائع الصنائع ١٣/٦ ، فتح القدير ١٨٩/٧ ، شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٢٣/أ) ، الحاوي الكبير ٤٣٨/٦ ، الشامل (ج ٣/ل ١٨٧/ب) ، التَّهْذِيب ١٧٣/٤ ، البيان ٣٢٥/٦ - ٣٢٦ ، فتح العزيز ٣٨٩/١٠ ، الكافي ، لابن قدامة ٣٠٢/٣ ، المغني ٩٠/٧ ، الشرح الكبير ، لشمس الدَّيْن ابن قدامة ٤٥/١٣ ، كشاف القناع ٣٧١/٣ .
(٥) حَرْمَلَةُ : أبو حفص ، وقيل : أبو عبدالله : حرملة بن يحيى بن عبدالله المصري التحيبي ، صاحب الإمام الشافعي وأحد رواة كتبه ، ولد سنة (١٦٦) هـ ، من أهل اليمن ، روى عن الشافعي ، وابن وهب ، وروى عنه الإمام مسلم وأبو زرعة وابن ماجه وغيرهم ، حيث كان حافظاً من حفاظ الحديث ، صنَّف المبسوط والمختصر ، توفي في شوال سنة (٢٤٣) هـ .
انظر : تهذيب الأسماء واللغات ١٦٠/١ - ١٦١ ، طبقات الفقهاء ص ٩٩ ، طبقات الشافعية ، للأسنوي ٢٦/١ - ٢٨ ، طبقات الشافعية الكبرى ٢٥٩/١ ، وفيات الأعيان ٢٩٢/٢ ، العبر ٣٤٦/١ .

(٦) الإِمْلاء : من كتب الإمام الشافعي الجديدة ، وهو مفقود حسب إطلاعي وسؤال أهل الخبرة . والله أعلم .

(٧) الرَّيِّع : أبو محمد الرَّيِّع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي ، مولاهم المصري ، المؤذن ، صاحب الشافعي ، وراوي الأم وغيرها من كتبه ، مؤذن جامع القسوطاط ، ولد سنة